

外国投资者利用国际投资仲裁机制新发展反思^{*}

——国际法实施机制与南北矛盾的双重视角

蔡从燕^{**}

[摘要] 20 世纪 90 年代中后期以来, 国际投资仲裁机制出现了引人关注并引发争议的新发展。本文首先介绍了这些新发展, 进而从国际法实施机制与南北矛盾的双重视角解读这些新发展。在此基础上, 本文从卡尔沃主义的演变角度讨论了在变化着的新语境中国际投资仲裁机制的应然发展, 并简要评析了近年来中国的相关 BIT 缔约实践及未来选择。

[关键词] 外国投资者 国际仲裁 南北矛盾 实施机制

[Abstract] Since the mid-1990s, there are some remarkable and controversial new developments in international investment arbitration mechanism. The author firstly introduces these new developments, and then reflects them from the perspectives of international law implementation mechanism and South-North issue. Based on this, the author discusses the ought-to-be development in the changing context from the perspective of the evolution of Calvo Doctrine and reviews the Chinese BIT practice currently and in the future.

[Key words] Foreign Investors; International Arbitration; South-North Issue; Implementation Mechanism

国际投资仲裁机制主要指根据《解决国家与他国国民间投资争端公约》(ICSID 公约) 创设的 ICSID 机制。20 世纪 90 年代中期以来, ICSID 一改诞生后利用率长期低迷的状况, 受案急剧增加, 但许多国家乃至 ICSID 自身并未因此“弹冠相庆”, 反

而不同程度地“忧心忡忡”。根据《北美自由贸易协定》(NAFTA) 创立的投资仲裁机制新近也面临着类似问题。国际投资仲裁机制的发展并未获得预期的鲜花与掌声, 值得反思。

一、外国投资者利用国际投资仲裁机制的新发展

(一) ICSID 仲裁机制的新发展

ICSID 的成立是改善发展中国家投资环境所做出的一项重要多边努力。截止 2006 年底, ICSID 公约签署国达 155 个国家, 公约已经对 143 个国家生效。在成立后的近 30 年间, 外国投资者很少诉

诸 ICSID 机制。据不完全统计, 20 世纪 90 年代中期前, ICSID 年均受理案件不到 2 起, 由于受案量少, ICSID 的有效性受到了质疑, 甚至被认为没有实现预期目的。但是, 20 世纪 90 年代中期以来,

^{*} 本文系作者主持的 2006 年度教育部人文社会科学研究青年项目“对外投资保护与中国的双边投资条约之完善”(项目批准号: 06JC820013) 研究成果之一。

^{**} 厦门大学国际经济法研究所副教授、法学博士。

截止 2006 年 11 月, 在已知的基于条约提出的 255 起投资仲裁案中, ICSID 受理其中的 156 起。UNCTAD, Last Developments in Investor State Dispute Settlement, IIA Monitor No. 4, 2006, p. 2.

参见 Malcolm D. Rowat, Multilateral Approaches to Improve the Investment Climate of Developing Countries: The Cases of ICSID and MIGA, Har. Int'l L. J., Vol. 33, No. 1, 1992.

Ibrahim F. I. Shihata, The Settlement of Disputes Regarding Foreign Investment: The Role of the World Bank, with Particular Reference to ICSID and MIGA, Am. J. Int'l L., Vol. 1, 1986, pp. 104—106.

ICSID 受案量急剧上升: 1996—2000 年受案量迅速增至 46 起; 2001 年至 2003 年 7 月 31 日止, 受案量更高达 54 起。这些案件中, 被诉方大多数是发展中国家; 外国投资者普遍提出巨额索赔请求, 数以亿美元计的相当之多, 数以十亿美元计的也不鲜见。截止 2005 年底, ICSID 待决案件已经达 113 起, 涉案金额超过 300 亿美元, 以往苦于案源不足的 ICSID 逐步意识到在效率、声誉等方面面临着挑战, 呼吁投资者积极利用 ICSID 调解机制或自行解决争端。

对于 ICSID 受案量剧增, 国际法学者意见不一。有些学者对此欢呼雀跃, 期待这一势头得以继续。有些学者由此注意到 ICSID 仲裁存在的缺陷, 如有学者认为裁决缺乏一致性——ICSID 也承认这一点——导致 ICSID 仲裁面临正当性危机, 更有学者批判国际投资仲裁的程序缺陷, 如仲裁员存在偏见、程序不公开、耗时费钱等。频频被推上被告席的某些发展中国家近年来也逐步意识到接受 ICSID 机制的风险, 作为 ICSID 机制内头号被诉国的阿根廷国内要求恢复本国对投资争端管辖权的呼声更是趋于高涨。事实上, 开始注意控制国际仲裁机制给东道国造成的风险的国家越来越多。重要证据是, 到 2005 年年中, 可能有 20 个国家在 BIT 中考虑针对投资仲裁设立上诉机制, 众多国家对国际投资仲裁机制的忧虑已经对 ICSID 产生了影响, 促使 ICSID 开始考虑在 ICSID 体制内设立上诉机制问题。

(二) NAFTA 仲裁机制的新发展

NAFTA 为私人主动参与争端解决机制提供了丰富的机会。以投资仲裁为例, 根据 NAFTA 第 1120 条, 在投资争端发生 6 个月后, 投资者可以诉

诸 ICSID 机制 (包括附设机构仲裁), 或根据联合国国际贸易法委员会 (UNCITRAL) 仲裁规则进行仲裁, 无须取得东道国的同意。

截止 2004 年底, NAFTA 体制内投资者提起的仲裁案件已达 24 个, 其中美国被诉 10 次, 仲裁申请人均为加拿大企业, 加拿大被诉 4 次, 仲裁申请人均为美国企业, 墨西哥被诉 10 次, 仲裁申请人分别来自加拿大与美国企业。在这些案件中, 投资者提出的赔偿请求普遍在数千万美元以上, 甚至高达数亿美元。在已决的 10 个案件中, 东道国胜诉 6 起, 败诉 4 起。一系列仲裁件在 NAFTA 成员方间, 包括在美国国内引发广泛的讨论与争议, 美国对 NAFTA 仲裁机制的态度趋于保守, 开始强调本国法院对涉外投资争端的管辖权。比如, 美国参议院财经委员会主席致信布什总统, 表示支持针对 NAFTA 投资仲裁裁决设立上诉审查制度,^⑩以缓解或缓冲 NAFTA 仲裁给美国造成的风险。2003 年美国与智利缔结的自由贸易协定规定, 在协定生效后三年内, 双方应考虑建立一个双边上诉机构或类似机制, 以便对有关东道国与外国投资者间的投资仲裁裁决进行审查。^⑪针对投资者频频提出的管制征收 (regulatory expropriation) 指控问题, 美国国际法学界也在 2002 年 4 月召开了“国际法中的管制征收”学术研讨会, 吸引了众多国际组织高级代表、美国政府高层官员、知名学者及实务界人士纷纷与会, 与会者普遍认为应该对投资者提起仲裁的行为予以约束。^⑫

以上表明, 外国投资者利用国际仲裁机制的机会在增加且积极地利用了这些机会, 而以往积极推动外国投资者利用国际仲裁机制的许多国家或相关国际组织在外国投资者频频提起仲裁申请后却表达

参见 Robert Danino: 《ICSID 面临新挑战》, 载《国际经济法学刊》第 13 条第 2 期, 第 11 页。

David R. Sedlak, ICSID's Resurgence in International Investment Arbitration: Can the Momentum Hold?, Penn St Int'l L.J., Vol. 23, 2004.

ICSID Secretariat, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, pp. 14—15, at <http://www.worldbank.org/icsid/highlights/DiscussionPaper.pdf>, January 10, 2006.

参见 Susan D. Frank, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decision, Ford. L. R., Vol. 73, 2004.

2004 年 10 月 22 日, ICSID 秘书处公布了建立上诉机构的草案。

参见 Barton Legum, Lessons Learned from the NAFTA: The New Generation of U. S. Investment Treaty Arbitration Provision, ICSID Review—F. I. L. J., Vol. 19, No. 2, 2004, p. 344.

^⑩ Guillermo Aguilar Alvarez & William W. Park, The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11, Yale J. Int'l L., Vol. 28, 2003, p. 385.

^⑪ 参见 U. S.-Chile FTA, Annex 10-H, also see U. S.-Uruguay BIT, Annex E.

^⑫ 本次研讨会论文集集中发表于《纽约大学环境法法学刊》第 11 卷 (2002 年)。

了某种忧虑。那么，如何理解国际投资仲裁案件激增的现象，以及有关国家及国际组织在此问题上表现出来的至少表面上前后相互矛盾的态度？笔者认为，应该同时从国际法实施机制与南北矛盾两个角度予以剖析。

为，应该同时从国际法实施机制与南北矛盾两个角度予以剖析。

二、国际法实施机制变革与外国投资者利用国际投资仲裁机制

人们对于传统国际法的特征有着两点共识：国际法主要是调整国家间关系的法律；国际社会缺乏统一的执行机关，这些共识决定了国际法实施根本上取决于国家间合作且主要在国内层面获得实施，^⑬ 私人参与国际法实施机制方面是无足称道的。对此，布朗利间接地总结指出：自 1920 年^⑭ 以来，个人在国际争端解决机制中的诉讼地位无甚改变。^⑮

虽然现当代国际法的发展并未根本上改变传统国际法的特征，因而国际法实施机制中私人主动参与的地位不会发生根本性改变，但这不排除私人参与国际法实施机制的正当性趋于增强。根本原因是，较之传统国际法基本只关注外交等“高级政治”，因而“主要地只是对外交部和外交官有兴趣的事情”，现当代国际法更多地关注“低级政治”，即经济问题，从而使传统的国际法规则结构发生了重大变化。尤其是，近二十年来，经济全球化进程迅速推进使得经济关系成为国家间关系的主要内容。同时，市场经济体制的普遍接受使得这种经济关系根本上体现为国际市场上私人间的交易活动，私人的经济利益在国家间关系中的地位日益重要，国际法规则的形成与运作日益直接地影响到私人权益。

从私人角度看，经济全球化时代的私人不会满足于传统的国际法实施机制，即由所在国及母国提供为其权益提供的保护机制。原因是，就前者而言，由于法治状况、法律文化等方面的原因，私人可能认为其日益扩大的利益难以获得所在国的行政与司法机制的有效保护，导致利益越大，面临的风险也越大，在发展中国家从事经济活动时尤其如

此。这一担心不无道理，因为许多发展中国家，如中国、拉美国家的法治环境迄今仍然还不完善，这客观上会影响到对外国人的权益保护。就后者而言，私人认为母国传统上提供的外交保护同样不能保护其日益扩大的利益，因为在国际法上的外交保护权属于国家的权利，而非私人的权利，国家可能由于种种原因放弃提供外交保护。由于私人的经济利益往往不会触及国家根本利益，这种情况可能更易出现。基于这些认识，私人自然而然地希望能够有更多元的权益保护机制，直接利用国际投资仲裁机制无疑属于此种多元化权益保护机制的组成部分。从母国与所在国的角度看，一方面，随着本国国民日益频繁地从事境外经济活动，传统的外交保护方式不仅使得母国要承受来自所在国强烈反对的传统风险，频繁使用外交保护所需支付的公共资源也会对母国造成压力。另一方面，作为主权国家的所在国至少理论上说可以自主决定私人利用国际争端解决机制的规模与程度；也许更重要地，在经济全球化背景下，所在国国民也必然频繁地从事境外经济活动，因而所在国与母国的身份往往是重合的。

可见，主权国家允许私人参与国际经济争端解决机制不仅回应了私人的需求，也符合各国的国家利益，是合理的。事实上，“经济全球化时代，国际法实践的重要趋势之一就是各国正在积极地考虑私人的角色问题。”^⑯ 从法律实施机制的角度看，这一变化导致基本上排斥私人参与的传统国际法实施范式发生重大变化，换言之，国际法实施机制逐步从国家间的横向实施机制向国际组织及私人参与的纵向实施机制发展，这使得私人在国际法实施机制

^⑬ 参见菲德罗斯等：《国际法》，李浩培译，商务印书馆 1981 年版，第 229 页。

^⑭ 1920 年时，国际联盟行政院任命的负责起草常设国际法院规约草案的法学家委员会中曾有人主张个人可以享有诉权，但该主张相继被《常设国际法院规约》及后来的《国际法院规约》所拒绝。

^⑮ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (4th edition), Clarendon Press, 1990, p. 593.

^⑯ Francisco Orrego Vicu a, *International Dispute Settlement in An Evolving Global Society*, Cambridge University Press, 2004, p. 7.

中扮演着日益重要的作用。从这个意义上说,国际投资仲裁机制的创立构成了国际法实施机制变更的重要组成部分。有著名学者认为,ICSID 公约在淡化国家干预及强调私人在国际争端解决机制中的作用方面是“关键的转折点”,^①换言之,国际投资仲裁机制可谓是国际法实施机制变革的标志性成果。

问题是:在国际法日益深刻影响私人权益与私人参与国际法实施机制之间应否建立直接的线性关系?或说无限制地允许私人利用国际仲裁机制是否妥当?答案是否。首先,国际法实施机制中的国家与私人在价值追求方面有着重大差别,这决定了不应该盲目允许私人参与国际法实施机制。申言之,国家在实施国际法过程中会综合考虑全体公民乃至国际社会的整体或普遍利益,私人参与国际法实施机制的目的只能是个体或局部的,因而国际法实施机制中国家与私人的角色分配实际上会影响到整体或普遍利益与个体或局部利益间的权衡。从实证方面看,如前所述,在 NAFTA 仲裁机制中,投资者不仅对作为发展中国家的墨西哥提起 14 次仲裁,作为发达国家的美国及加拿大被多达 14 次被推上被告席。投资者在已决案件中提出高达 12 亿美元的索赔请求,而获赔总额不到索赔总额的 2%。即便如此,NAFTA 成员方已经感受到莫大的压力,其原因是,NAFTA 第 1110 条对环境立法及投资者成功主张征收间接的实际效果未必很明显,但他们可能把间接征收作为政策辩论及立法游说过程中的利器,以致东道国在制定管制措施时有后顾之忧。^②而此前,这些发达国家认为其“政治清明”、“法治完善”,因而素来对于其中规定 ICSID 仲裁条款的 BIT 可能蕴含的风险不以为意。经考察相关 NAFTA 仲裁案,有学者正确指出,私人滥诉是可能的。^③事实上,ICSID 目前也正在考虑制定相关准备程序,以迅速审查并驳回属于滥诉之请求。

其次,任何权利的行使不能不考虑费用因素,至少从国内层面看诉讼费用高昂是导致许多国家在

20 世纪 90 年代以来进行大规模司法改革的重要原因。在这方面,仲裁素来被认为的较之诉讼具有便捷及费用低廉的优势在国际层面上似乎荡然无存。^④近年来 ICSID 仲裁实践也表明,东道国在一起仲裁案件中至少要支付 100—200 万美元法律费用,以及约 40 万甚至更多的仲裁庭费用,仲裁申请人也要支付与此大致相等的费用。据披露,捷克政府在一起仲裁案件支付应诉费用甚至超过 1000 万美元。^⑤可见,从费用角度看,私人诉诸国际投资仲裁机制无论对于外国投资者还是国家来说都未必是明智的选择。

第三,私人参与国际经济争端解决机制的传统认识论前提,即东道国难以为其提供有效的救济,并不当然是成立的。诚然,不同国家的法治化及法律传统存在差别,但在民主与法治成为各国普遍性国策的背景下,有理由认为各国将为外国投资权益构建日益完善的法律环境,如国内法院可以更多地直接适用 BIT,^⑥以便外国投资者在东道国可以直接获得国际法的保护,从而使外国投资者的权益获得更有效的保护。从发展的观点看,传统上以东道国法治落后为由主张涉外投资争端的非国内化处理总体上是缺乏依据的。事实上,当地救济原则被确立为国际习惯法规则^⑦恰恰表明,国际社会对国家在法律——包括国际法——实施机制中至少具有一般意义上的有效性的确信。

可以认为:经济全球化的深化及市场经济的传播固然增强了投资者利用国际仲裁机制的正当性,但在理论上不宜轻率地在二者间建立直接的线性关系。从国际法实施机制的角度看,东道国法治化水平的提高及国际仲裁的费用高昂将使得国内实施机制可能更具有有效性及吸引力,对此东道国——尤其发展中国家——和外国投资者都应该抱有信心。

事实上,审慎理解 BIT 的国际实施机制与国内实施机制之间的关系已然反映于 ICSID 公约。公约第 26 条规定:“缔约国可以要求用尽当地各种行政

^① Id., p. 64.

^② Joel C. Beauvais, Regulatory Expropriation under NAFTA: Emerging Principles & Lingering Doubts, N. Y. U. Envtl. L. J., Vol. 10, 2002, p. 287.

^③ 余劲松:《区域性安排与投资争端解决机制》,“WTO 与中华经济圈法律研讨会”(2005 年,香港),第 5 页。

^④ Chittharanjan Felix Amerasinghe, Local Remedies in International Law, 2nd edition, Cambridge University Press, 2004, p. 61.

^⑤ UNCTAD, Issues Related to International Arrangements: Investor-State Dispute and Policy Implications, TD/B/COM. 2/ 62, 14 January 2005.

^⑥ 倾向于直接适用国际条约被认为是晚近各国国际法的一种趋势。

^⑦ 詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》第一卷第一分册,王铁崖等译,中国大百科全书出版社 1995 年版,第 414 页。

或司法救济办法，作为其同意根据本公约提交仲裁的一个条件。”此即用尽当地救济原则。诚然，第 26 条某种程度上是发达国家与发展中国家利益妥协的产物，但即便从国际法实施机制的角度看，适用用尽当地救济原则也是合理的。但是，晚近许多国家在缔结 BIT 时普遍倾向于放弃当地救济，全盘接受 ICSID 仲裁机制。在这方面，阿根廷是一个突出的例子。20 世纪 90 年代以来，阿根廷在与发达国家和发展中国家缔结的一系列 BIT 中全盘接受了国际仲裁机制。如果说，阿根廷与美国等发达国家缔结 BIT 时可能迫于谈判压力而全盘接受国际仲裁机制的话，^{②④} 那么，与一些发展中国家缔结 BIT 时如法炮制^{②⑤} 则表明阿根廷对于国际法的实施机制

缺乏准确的认识。较之 ICSID 公约，NAFTA 自身已经规定了成员国全盘接受国际仲裁机制。然而，晚近恰恰就是作为 NAFTA 成员国的美国率先提出设立仲裁上诉机制的设想。

总之，从建构多元化因而更完善的国际法实施机制的角度看，可以认为，规定外国投资者诉诸相关国际仲裁机制具有正当性，但盲目允许外国投资者诉诸相关国际仲裁机制是没有必要的。不过，晚近许多国家，尤其发展中国家之所以允许乃至全盘接受私人诉诸国际仲裁机制并非纯粹是由于对国际法实施机制的认识不准确所致，其中还蕴含着深刻的南北矛盾。

三、南北矛盾与外国投资者利用国际投资仲裁机制

对于 20 世纪 80 年代以来，尤其 90 年代以来众多发展中国家，尤其长期主张本国管辖涉外投资争端的拉美国家纷纷接受国际仲裁机制的现实，有西方学者宣称“卡尔沃主义即将死亡”（imminent death of Calvo Clause），在个人及超国家组织构成的新世界秩序中终究成为“陈设”。^{②⑥} 且不论卡尔沃主义是否真的“死亡了”，即便如此，导致它“死亡”的原因是什么？南北矛盾至少是重要原因之一。

众所周知，ICSID 的产生很大程度上是二战后南北矛盾的产物，其发展也是南北矛盾演进的一个缩影。申言之，发达国家虽然认为发展中国家落后的法治状况难以为外国投资提供有效保护，但也意识到传统的外交保护可能被认为是干涉内政，因而谋求创设某种国际争端解决机制。与此同时，为吸引外资并避免发达国家以保护海外投资为名干涉内政，发展中国家对于创设国际争端解决机制也具有现实的利益，因而同意适当让渡对涉外投资争端的管辖权。鉴于缔结或加入 ICSID 公约本身不构成对外国投资者诉诸 ICSID 机制的同意，此种同意端赖

于特定的 BIT，因此有必要进一步从 BIT 本身及缔约过程讨论南北矛盾。

在评论 BIT 普遍确立的“相互鼓励与保护投资”的条约宗旨时，索纳那嘉指出：“该声明掩盖了一个事实，真正被考虑的是发达国家向发展中国家的单向资本流动。正是在缔约过程中，资本的输出者与接受者之间存在着不平等。如前指出，缔约一方的主权被侵蚀的同时，缔约另一方的主权并未相应地被侵蚀；如果表面上看有的话，那不过是一种幻象而已。”^{②⑦} 索氏的评论揭露了发展中国家与发达国家间缔结的 BIT 外表下涌动着南北矛盾：在鼓励与保护投资方面，“相互”是表面的，“单向”是真实的。由于国际投资的基本特征——发达国家是主要的资本输出国而发展中国家主要是资本输入国——迄今并未发生改变，索氏的评论仍然是正确的。既然如此，晚近发展中国家又何以普遍性地、大规模地缔结可能“伤害”它们的 BIT？有学者认为，这是由于特定发展中国家希望通过缔结 BIT 在

^{②④} 例见阿根廷—美国 BIT 第 7 条、阿根廷—澳大利亚 BIT 第 13 条、阿根廷—荷兰 BIT 第 10 条。

^{②⑤} 例见阿根廷—菲律宾 BIT 第 11 条、阿根廷—泰国 BIT 第 9 条、阿根廷—牙买加 BIT 第 9 条。

^{②⑥} Denise Manning-Cabrol, *The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors*, L & Policy Intl Bus., Vol. 26, 1994, p. 1169.

^{②⑦} M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 1996, p. 237.

吸引外资方面获得比较优势。^{②⑧}然而,国际法学者的最新研究及相关国际组织的最新报告都指出,缔结BIT与吸引外资间不存在必然的联系,^{②⑨}由此也可认为,是否允许外国投资者诉诸国际仲裁机制与外国投资者的投资决策之间并无必然的联系。事实上,原美国国务院BIT谈判小组成员的阿尔瓦雷茨(Alvarez)的“自白”可以从某种意义上说明一些发展中国家何以接受国际仲裁机制。他坦言:“对许多国家来说,缔结BIT几乎都不是自愿、没有强制的交易。它们觉得它们必须签署协定,或者觉得不这么做就是愚蠢的……但事实情况是,迄今美国BIT范本普遍被认为是一种‘要么接受,要么走开’的建议,……BIT谈判不是平等主权国家间的谈判。它更像是一场由美国根据其规矩开设的强化培训班。”^{③⑩}这说明一些发展中国家在与发达国家缔结的BIT中全盘接受ICSID体可能是迫于谈判压力,或受到蒙蔽的结果,不必然是真实意思的表示。以NAFTA为例,美国学者认为,鉴于墨西哥传统上是卡尔沃主义的重镇,NAFTA第11章很大

程度上是美国的胜利,它解决了与墨美双边关系中长期存在的问题。^{③⑪}

进而从投资仲裁实践方面看,无论在ICSID还是NAFTA体制内,投资仲裁中的被诉方绝大多数是发展中国家,来自发展中国家的投资者鲜有把发达国家推上被告席。前已指出,截止2004年底,在根据NAFTA第11章提起的24起仲裁案件中,作为发展中国家的墨西哥总共被被诉10起;在美、加两国总共被诉14起案件中没有仲裁申请人是墨西哥投资者。如前所述,ICSID的情况也是如此,在被诉数量方面位列前列的都发展中国家。

事实上,对于BIT及其缔约过程中蕴含着的南北矛盾,联合国贸发会已经含蓄提醒发展中国家:在缔结BIT时“必须保留足够的政策余地,以使政府在所缔结的国际投资协定规定的权利、义务框架内能够灵活地运用这些政策。”^{③⑫}这些“政策余地”,显然包括发展中国家在包括投资争端管辖权在内的问题上应该审慎行事。

四、应然发展:卡尔沃主义的“古典”或“现代”回归? ——兼评近期中国的BIT缔约实践及未来选择

显然受到阿根廷惨痛经历的触动,近年来一些发展中国家,尤其拉美国家对于外国投资者诉诸国际仲裁机制明显增强了警惕性,重新重视对涉外投资争端的本国管辖权。个别发展中国家表现得尤为激烈,如厄瓜多尔总检察长声称,他正在考虑是否终止该国与美国缔结的BIT。阿根廷也在采取一系列措施试图收回对涉外投资争端的管辖权。^{③⑬}有学者认为,卡尔沃主义可能“重归故里”。^{③⑭}问题是:卡尔沃主义如何“重归故里”?换言之,是对

19世纪卡尔沃主义的“古典”回归,抑或是适应21世纪国际法发展的“现代”回归?为此,有必要简单回顾卡尔沃主义的产生及发展历程。

众所周知,在西方探险家发现美洲新大陆后,拉美国家开始遭受西方列强以外交保护为名干涉内政的痛苦经历,国家主权受到严重侵犯。在此背景下,19世纪阿根廷国际法学家卡洛斯·卡尔沃提出了著名的“卡尔沃主义”,其根本宗旨在于拒绝干涉内政,维护国家主权。卡尔沃主义的基本原则有

^{②⑧} Andrew T. Guzman, Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties, Va. J. Int'l L., Vol. 38, 1997, pp. 666—667.

^{②⑨} 例见 Jeswald W. Salacuse & Nicholas P. Sullivan, Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain, Har. Int'l L. J., Vol. 46, No. 1, 2005; World Bank, World Development Report, 2004, p. 177.

^{③⑩} Gennady Pilch, The Development and Expansion of Bilateral Investment Treaties, ASL: Proceedings, Vol. 86, 1992, pp. 552—553.

^{③⑪} Julia Ferguson, California's MTBE Contaminated Water: An Illustration of the Need for an Environmental Interpretive Note on Article 1110 of NAFTA, Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y, Vol. 11, 2000, p. 499.

^{③⑫} UNCTAD, World Investment Report 2003 (Overview), UNCTAD/ WIR/ 2003, p. 18.

^{③⑬} 参见 Paolo Di Rosa, The Recent Wave of Arbitration Against Argentina under Bilateral Investment Treaties: Background and Principal Legal Issues, U. Miami Inter-Am. L. Rev., Vol. 36, 2004, footnote 88.

^{③⑭} 单文华:《卡尔沃主义的“死亡”与“再生”》,载《国际经济法学刊》第13卷第1期,第199页。

两项：一是主权国家基于主权平等原则不受任何形式的干涉；二是外国人无权享受东道国没有对其国民规定的权利或特权，外国人只能寻求当地救济。不干涉外国人与本国人之间的绝对平等是卡尔沃主义的本质所在。在涉外投资争端方面，东道国强调排他管辖权，不仅拒绝投资者母国行使外交保护，^⑬也禁止外国投资者诉诸相关国际救济机制。这种卡尔沃主义不妨称之为“古典卡尔沃主义”。在加科塔—莫拉看来，卡尔沃主义是“通过迫使个人接受并使用当地救济的方式实施国际法”。^⑭从这个意义上说，国际投资仲裁机制的创设不仅代表着卡尔沃主义的妥协，也许更重要地，某种程度上恰恰表明发展中国家对于维护本国国家主权的能力及法治化建设的信心在增强，因而，不妨把加科塔—莫拉的观点修正为“通过允许个人接受并使用国际救济的方式实施国际法”。

19 世纪后半叶以来，卡尔沃主义普遍规定于许多拉美国家的宪法与法律当中，并在拉美国家间举行的国际会议或缔结的国际条约中也获得了确认，尽管它被一些西方学者污蔑违反了国际法精神，认为拉美国家坚持卡尔沃主义将是一种“悲剧”。^⑮二战后，强调卡尔沃主义进一步构成了发展中国家为建立国际经济新秩序而长期努力的重要内容，并部分获得了成功。突出的表现是，1974 年《各国经济权利与义务宪章》第 2 条第 2 款 c 项规定：“……因〔征收或国有化〕赔偿问题引起的任何争端均应由实行国有化国家的法律依照其国内法加以解决，除非有关各国自由和互相同意根据各国主权平等并依照自由选择方法的原则寻求其他和平解决办法”。不难看出，这些规定不仅较好地平衡了发展中国家与发达国家的不同利益需求，从国际法实施机制的角度看也是合理的。

然而，如前所述，较之 19 世纪乃至 20 世纪前半期以前，20 世纪后半期以来，国际法与私人权益间的关系前所未有地密切了，而在经济全球化时

代发展问题较之和平问题对多数国家来说更重要或更迫切。在这一新语境中，一方面，如古典卡尔沃主义一般强调本国对涉外投资争端的绝对管辖权显然并不适当，并且人们不能否认目前主要作为资本输入国的发展中国家未来成为重要的资本输出国，因此允许外国投资者诉诸国际仲裁机制实际上构成了不同国家——不考虑发展中国家与发达国家间的差别——共同构建更多元因而更完善的国际投资法实施机制的努力的组成部分。从这个意义上说，对于晚近外国投资者积极诉诸国际仲裁机制没有必要做出过激的反应。另一方面，阿根廷的经历表明，全盘接受国际投资仲裁机制，无论从国际法实施机制还是从南北矛盾角度看，同样也不适当。从这个意义上，卡尔沃主义不仅应该在拉美国家中“重归故里”，并且应该得到所有国家的重视与欢迎。

一言以蔽之，我们需要的不应是卡尔沃主义的“古典”回归，而是真正适应国际法新语境的“现代”回归。详言之，特定国家，尤其发展中国家应该结合国际法实施变革的需要及国际投资仲裁中蕴含的利益冲突，根据本国实际情况，如经济政策的稳定性程度、对外资的实际需求、政府公共管理能力及增强外国投资者信心等因素，决定如何接受国际投资仲裁，盲目排斥或盲目接受均为不宜。事实上，即使极力支持国际投资仲裁的发达国家，如美国、加拿大近年来也颇为重视其中蕴含的风险，努力寻求通过对本国管辖权的“回归”以降低这些风险。比如，与以往 BIT 范本不同，美国、加拿大 2004 年 BIT 范本都针对国际仲裁规定了众多例外或限制。^⑯虽然发达国家对国际仲裁支持又谨慎的态度甚至被认为是“进两步，退一步”，^⑰但这种变化对于广大发展中国家有重要的反思与借鉴价值。

就中国而言，自 1993 年正式成为 ICSID 缔约方以来，中国一直强调理对涉外投资争端的管辖权，即规定除有关征收补偿数额争端可以直接诉诸 ICSID 体制外，其他投资争端适用“逐案同意”方

^⑬ 但这不排除适用有关外交保护的规则，如在发生拒绝司法时，外国人国籍国仍然有权行使外交保护，如波利维亚宪法第 18 条。

^⑭ Manuel R. Garca-Mora, The Calvo Clauses in Latin American Constitutions and International Law, Marquette L. R., Vol. 33, No. 4, 1994, p. 219.

^⑮ Alwyn V. Freeman, Recent Aspects of the Calvo Doctrine and the Challenges to International Law, Am. J. Int'l L., Vol. 46, 1946, p. 147.

^⑯ See for example U. S. 2004 Model BIT, Article 20; Canada 2004 Model BIT, Articles 10, 17.

^⑰ James McIlroy, Canada's New Foreign Investment Protection and Promotion Agreement, Two Steps Forwards, One Step Back?, J. W. I. T., Vol. 5, 2004, p. 644.

式。不过,1998年中国在与巴巴多斯缔结BIT时首次全盘接受了国际投资仲裁机制。^{④①}截止2006年底,中国又在27个BIT及1个自由贸易协定中采取了类似做法,这些国际条约的相对缔约方多属发展中国家。^{④②}BIT缔约实践转变可能诱发的潜在风险引起了一些学者的极大关注,^{④③}但商务主管部门似乎更侧重于考察国际投资仲裁体制对于保护中国海外投资的积极作用。^{④④}那么,如何理解学术界与决策部门在我国接受国际投资仲裁机制问题上的不同意见?如果中国BIT缔约实践发生的转变确有欠妥的话,恰当的选择是什么?

根据前文所作的讨论,我们认为:第一,从南北矛盾的角度看,虽然中国迄今还是发展中国家,但拥有日益强大的综合国力与奉行独立自主的外交政策使得中国不太可能迫于外部压力缔结BIT,因此完全甚至侧重从南北矛盾评价中国近年来BIT缔约实践发生的变化未必是适当的,相反从国际法实施机制变革角度讨论这些变化可能较为适当。与此同时,作为负责任的发展中大国,中国有必要考虑

到广大发展中国家的真实意愿与利益;第二,从国际法实施机制角度看,国际投资仲裁机制产生的认识论前提是东道国难以有效地实施BIT,或说难以以为外国投资者提供有效保护,因而完善的法治化环境总体上将降低外国投资者对国际仲裁机制的需求。基于此种认识,如果考虑到中国在对外投资方面正在拥有不断扩大的国家利益且相当数量的投资集中在法治化程度不太理想的发展中国家,规定投资者诉诸ICSID对于有效保护在这些地区的中国海外投资者以及有效实施有关的中外BIT是必要的。与此同时,如果考虑到中国在吸引外资方面仍然拥有巨大的国家利益,而目前法治化水平、政府决策能力尚不尽如人意,兼外国投资者滥用国际仲裁机制问题已然显现,无限制地接受国际仲裁机制也是不适当的。据此,学术界在评价中国的BIT缔约实践以及政府在从事BIT缔约实践时,都有必要摒弃某种“范本”意识,使BIT更具针对性、可控性及实效性。^{④⑤}

五、结 论

二战后国际投资仲裁机制的产生根本上是南北矛盾的产物,但局限于从南北矛盾角度予以理解是不够的。在国际法与私人之间关系前所未有的背景下,尽管国际投资仲裁机制的发展仍将伴随着南北矛盾,但客观上又超越了南北矛盾而成为关系国际法实施机制范式变化的重大问题,其深刻意

蕴在于重新配置私人与国家在国际法实施机制中的角色地位,以建构多元化的国际法实施机制。晚近国际投资仲裁实践表明,虽然对19世纪卡尔沃主义的“古典”回归并无必要,但适应21世纪国际法新语境的“现代”回归则极为必要。

(责任编辑:韩立余)

^{④①} 参见中国—巴巴多斯BIT第9条。

^{④②} 27个BIT的相对缔约方分别是:芬兰、刚果(布)、博茨瓦纳、塞浦路斯、塞拉利昂、莫桑比克、肯尼亚、荷兰、缅甸、波黑、特立尼达和多巴哥、约旦、科特迪瓦、圭亚那、德国、贝宁、拉脱维亚、乌干达、吉布提、朝鲜、突尼斯、捷克、西班牙、葡萄牙、瓦努阿图、俄罗斯、印度。1个FTA的相对缔约方是巴基斯坦。

^{④③} 详见《国际经济法学刊》第13卷第1期刊发的相关论文。

^{④④} 尚明:《2005年中国对外商务形势及法律工作的回顾与分析》,载《国际经济法学刊》第12卷第4期,第9—10页。

^{④⑤} 中国BIT实践并非本文讨论重点,有关具体的制度设计,详见Cai Gongyan, Outward Foreign Direct Investment Protection and the Effectiveness of Chinese BIT Practice, J. W. I. T., Vol. 7, No. 5, 2006, pp. 650—651.